

Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat

**Von Erhard Denninger
und Klaus Lüderssen**
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 228

Der Rechtsstaat – »government of laws, and not of men« – ist ein ebenso kostbares wie zerbrechliches Gebilde. Er versucht, auch das scheinbar maßlose Verbrechen noch an der Elle des Rechts zu messen. Vom Unrechtsstaat totalitärer Prägung unterscheidet sich der Rechtsstaat grundlegend darin, daß er die Möglichkeit staatlichen Irrtums und Unrechts einräumt und Schutz dagegen gewährt; er ist nicht der selbstgerechte, sondern der gegen jedermann, auch gegen den Schwachen, gerechte Staat. Seine Rechtsschutz und innere Sicherheit bietenden Einrichtungen – Justiz und Polizei – sind letzten Endes gerade so stark, so integer und so freiheitsbewußt wie die Bürger, die diese Institutionen tragen, und wie diejenigen, die sie schützen sollen.

Die beiden Autoren – Lüderssen als Straf- und Strafprozeßrechtswissenschaftler, Denninger als Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaftler – stießen immer wieder auf das elementare Bedingungsverhältnis von Rechtsstaatlichkeit und sozialstaatlicher Demokratie. Es bestimmt das Zusammenwirken von förmlicher Legalität und materieller Legitimität beim Polizeieinsatz gegen Bürgerinitiativen und Demonstrationen ebenso wie die Bewertung von »privaten« und »öffentlichen« Interessen in den Augen des Strafrichters. Es steht im Hintergrund der kriminalpolitischen Diskussionen um Weißkragen-Kriminalität einerseits, Bagatellkriminalität andererseits und wirkt noch auf die Stellungnahmen zum provozierten Verbrechen und zur Verwendung von V-Männern ein.

Erhard Denninger
Klaus Lüderssen
Polizei und Strafprozeß
im demokratischen Rechtsstaat

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

2. Auflage 2016

Erste Auflage 1978

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 228

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1978

Suhrkamp Taschenbuch Verlag

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Umschlag nach Entwürfen von
Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

ISBN 978-3-518-27828-4

Inhalt

Erhard Denninger/Klaus Lüderssen

Einleitung

- (a) Verfassung und Gesetz. Aktuelle Randbemerkungen zu einer Theorie der freiheitlichen Demokratie 7
- (b) Rechtsstaatlicher Strafprozeß und öffentliche Meinung 24

Erhard Denninger

Rechtsstaat 67

Klaus Lüderssen

Was ist das – ein »Rechtsstaat«? 79

Erhard Denninger

Polizei in der freiheitlichen Demokratie 102

Erhard Denninger

Demonstrationsfreiheit und Polizeigewalt 127

Erhard Denninger

Polizei und demokratische Politik 143

Erhard Denninger

Menschenrechte und das Problem politischer Gewalt – sieben Thesen 168

Erhard Denninger

Gewalt, innere Sicherheit und demokratischer Rechtsstaat 172

Klaus Lüderssen

Grenzen des Legalitätsprinzips im effizienzorientierten modernen Rechtsstaat. Schluckt das Verfahrensrecht die sichernden Funktionen des materiellen Rechts?

- (a) Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts 188
- (b) Ab- und Anschwellen der Kriminalisierung von Bagatelverstößen im Schnittpunkt materieller und prozessualer Gerechtigkeit 210

Klaus Lüderssen

Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?

(a) Grundsätzliche Bemerkungen 238

(b) Dokumentation eines konkreten Falles 255

Klaus Lüderssen

Prävention – Konflikt zwischen öffentlichem und privatem
Interesse? 292

Erhard Denninger

Strafverfahren und Polizeibefugnisse 300

Erhard Denninger

Wo lag das extreme Risiko? Anmerkung zum Fall Traube 316

Abkürzungsverzeichnis 320

Nachweise 322

Erhard Denninger/Klaus Lüderssen

Einleitung

(a) Verfassung und Gesetz.
Aktuelle Randbemerkungen zu einer Theorie der
freiheitlichen Demokratie

I.

Wenn einer, von der Monotonie der Machtverwaltung durch eine »Große Koalition« angeödet, 1968 in einen Dornröschenschlaf verfallen wäre, heute aber, zehn Jahre später, vielleicht durch einen terroristischen Bombenschlag, wachgeschreckt würde – der käme sich auf den ersten Blick gar nicht sonderlich fremd vor. Eine Große Koalition in aller Form gibt es zwar nicht, aber die Sehnsucht nach ihr ist schon seit Monaten öffentlich im Gespräch¹; und auch das Gerede von der Solidarität der Demokraten, die in der Stunde der Gefahr zusammenstehen müßten, hält an. Der Aufgeschreckte liest von etwas Unruhe an den Hochschulen – weniger als gehabt! – von amerikanischen Friedensbemühungen in Nah-Ost – wahrlich kein unbekanntes Thema! – und sogar das »styling« der Benzinkutschen findet er nur wenig verändert. Ein aufmerksamerer Zeitgenosse fände allerdings noch ganz anderes. Ihm fiel zuerst auf, daß die *Sprache* von 1978 eine andere ist als die von 1968. Andere Begriffe beherrschen die Medien der Öffentlichkeit. Viel ist von Sicherheit die Rede, wenig von Reform. »Grund-Ordnung« (freiheitliche demokratische), »Grund-Werte« und »Grund-Konsens« sind gefragt und werden feilgeboten, jeweils mit deutscher Gründlichkeit. Von »Freiheit«, »Emanzipation« und »Partizipation«, von »Abbau von Herrschaft und Privilegien« will niemand mehr etwas hören. Die Verheißung »Mehr *Demokratie* wagen!« klingt ganz leise und ist kaum noch vernehmbar, um so lauter tönt der Ruf nach Sicherheit des *Rechtsstaats*, nach dem »starken Staat« schlechthin, der den Terrorismus mit Stumpf und Stil ausrotten soll. Verschwommene Begriffe, wie der des »Sympathisanten«, schlagen allzu wohlfeil die Brücken aus der Terrorismus- und »Anarcho-Szene« hinüber ins Lager der »Systemveränderer« und anderer »Verfassungsfeinde«. Merkwürdig dann, daß

vielfach gerade die, die den so diffusen Sympathisanten-Vorwurf stets zur Hand haben, sich als überaus »sprachempfindlich« erweisen, wenn ein Tatbestand als »Berufsverbot« bezeichnet wird, der jedenfalls in der praktischen Auswirkung für den Betroffenen einem solchen Verbot gleichkommt. Eine Theorie der »politischen Sprache« hic et nunc, als ein kritischer Versuch zur kollektiven Selbsterhellung, steht noch aus; und es wäre auch kaum zu hoffen, daß sie das gegenwärtige Klima fahler Verdächtigungen, gewollter Mißverständnisse und gereizter Vorurteile »aufzuklären« vermöchte.

Welchen Sinn kann es in dieser Situation haben, Arbeiten der Öffentlichkeit (wieder) zu übergeben, die sich allesamt einem Gesprächsklima der Reform verdanken? Soll hier die besserwisserische Eitelkeit des Gegen-den-Strom-Schwimmers, des scheinbaren Nonkonformisten befriedigt werden? Oder geht es um eine wohl gar nostalgisch-trügerische Distanznahme gegenüber einer gesellschaftlichen Wirklichkeit, welche die Unterscheidung von Freund und Feind im Sinne des C. Schmitt'schen Politikbegriffes² innerstaatlich täglich schärfer vollzieht? Nichts von alledem. Der Rückblick hat vielmehr analytische Funktion mit dem Ziel der genaueren Bestimmung der gegenwärtigen Lage des Gemeinwesens. Die Aktualität der *Fragestellungen* von vor drei, fünf, acht oder zehn Jahren erinnert an ungelöste Probleme; sie lehrt, daß die Fragen nicht bereits Geschichte im Sinne des Abschichtbaren geworden sind, sondern daß hier Aufgaben vorliegen, die uns gegenwärtig und zukünftig bedrängen. Und gerade der Vergleich der damals möglichen und sinnvollen *Antworten* mit den Einzelpunkten der heutigen Diskussion hilft nicht nur, die Unterscheidung von Symptomen und Ursachen – erste Voraussetzung einer jeden durchgreifenden Therapie! – sicherer zu treffen; sondern ein solcher Vergleich lehrte vielleicht auch, durch die Fülle der Tageserscheinungen hindurch schärfer auf die Strukturen zu blicken, auf die man sich längerfristig einzustellen hat. Und an die Stelle des »semantischen Krieges«³, der heute von allen gegen alle geführt wird, an die Stelle des begriffslosen, aber feindbezogenen Umgangs mit *Polit-Vokabeln*, könnte (wieder) der verantwortungsbewußte, sachbezogene und »begriffende« Gebrauch von *Begriffen* treten, der Härte und Bestimmtheit in der wissenschaftlichen wie in der politischen Auseinandersetzung keineswegs ausschließt.

II.

Ein Schlüsselproblem, von dessen Bewältigung heute die Beurteilung zahlreicher Folgeprobleme abhängt, stellt der »Widerspruch zwischen formalem und materiem Rechtsstaatsprinzip«⁴ dar – oder, in der besonderen Ausprägung des Grundgesetzes, der Übergang vom Gesetzes-Rechtsstaat zum Verfassungs-Rechtsstaat.⁵ Bedeutet das *formale* Rechtsstaatsprinzip in erster Linie die Bindung von Verwaltung und Justiz an bestehendes – und bestehen *bleibendes*, stabiles, mithin die herrschende Verteilungsordnung konservierendes Gesetzesrecht, dient es, insbesondere in Verbindung mit einer altliberalen Grundrechtsinterpretation der Sicherung des status quo der Eigentums- und Freiheitsverhältnisse, so meint das Prinzip des *materialen* Rechtsstaats in praxi vor allem die im *Sozialstaats*grundsatz des Grundgesetzes (Art. 20, 28 Abs. 1 GG) verankerte Pflicht des Staates, »für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.«⁶ Dies kann und muß aber von Verfassungs wegen als Ermächtigung und Auftrag an den Gesetzgeber verstanden werden, jenen status quo der Rechtsgüterverteilung, genauer: der Verteilungsmuster und Verteilungsmechanismen gerade *nicht* hinzunehmen, sondern ihn nach Maßstäben, die im politischen Prozeß demokratisch zu ermitteln sind, fortzuentwickeln. Bereits hier stoßen wir auf die *elementare wechselseitige Bedingtheit von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip*, eines der Leitmotive der vorgelegten Arbeiten.⁷ Was »sozial gerecht« ist und was nicht, kann in einem Staat, der eine freiheitliche Demokratie zu sein beansprucht, nicht durch eine kleine Gruppe von Mächtigen autoritativ verfügt, sondern nur in einem möglichst offenen Prozeß repräsentativer Willensbildung und inhaltlicher Entscheidung hervorgebracht werden.⁸ Der offene demokratische politische Prozeß, der die »Gemeinwohl«-Inhalte und die rechtlichen Voraussetzungen ihrer individuellen oder kollektiven Verwirklichung erst konkret bestimmt, ist seinerseits rechtlich geregelt und begrenzt. Den Inbegriff der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtspositionen des Bürgers, an der Hervorbringung der Institutionen und der Inhalte der materiellen Rechtsordnung mitzuwirken, haben wir als »*status constituens*«, als staaterzeugenden Rechtsstand zusammengefaßt und ihn dem »*status constitutus*« gegenübergestellt.⁹ Er geht über das aktive und passive Wahlrecht weit hinaus,

umfaßt etwa auch die Informations- und Meinungsfreiheit, die Versammlungs-, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, ferner Anhörungs- und Mitwirkungsrechte in Verwaltungsverfahren, Beteiligungen in Selbstverwaltungsgremien u. a.

Der demokratische politische Prozeß, welcher auf dem Wege über Gesetzeserzeugung und stufenförmige Gesetzeskonkretisierung durch Rechtsverordnungen, autonome Satzungen und Verwaltungsvorschriften den konkreten Rechtsstaat in seinem täglich wechselnden Bestande jeweils determiniert, ist seinerseits sowohl hinsichtlich der in ihm zugelassenen *Verfahrensweisen* als auch hinsichtlich seiner »*inhaltlichen*« Zielsetzungen rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen. Das Ausmaß dieser Eingrenzungen und inhaltlichen Zielvorgaben entscheidet darüber, wie »offen« der demokratische politische Prozeß sein kann, wie »souverän« letztlich der »Souverän«, das Volk (Art. 20 Abs. 2 GG), sein darf. Beide, die *verfahrensmäßigen* und die *inhaltlichen* Begrenzungen des politischen Prozesses erfolgen einerseits durch *Verfassungsrecht* und andererseits durch *einfach-gesetzliches Recht*. Es ist schwierig zu sagen, welches daran den stärkeren Anteil hat, aber das Verhältnis beider *Rechtsrang*ebenen zueinander bestimmt in entscheidender Weise den Grad der »Offenheit« des politischen Prozesses.

Der Bereich der in diesem Sinne verfahrensmäßigen Regelungen ist weit zu ziehen: er umfaßt im weitesten Sinne alle »Spielregeln«, die den öffentlichen Meinungs- und Willensbildungsprozeß einhegen sollen: Die Vorschriften des (politischen) Vereins- und Versammlungsrechtes gehören ebenso zu ihnen wie die des politischen Strafrechts (z. B. »Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats«, §§ 84 ff., »Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen«, §§ 105 ff., Widerstand gegen die Staatsgewalt, §§ 111 ff., sowie Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, §§ 123 ff. StGB). Das materielle Polizeirecht bis hin zum Recht des polizeilichen Schußwaffengebrauches regelt (insbesondere die gewaltsamen) Erscheinungsformen des politischen Prozesses ebenso wie das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 GG). Der »Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder« vom 11. Juni 1976, den die Ständige Konferenz der Innenminister am 25. November 1977 mit einigen Änderungen beschlossen hat, markiert den äußersten Punkt einer mit rechtsstaatlichem, also begrenztem und kontrolliertem Machteinsatz vielleicht gerade noch

erfaßbaren Lage, wenn es den Einsatz von Maschinengewehren gegen eine gewalttätige und aggressive Menschenmenge normiert, § 44, Abs 2 MusterEntwPolG. Kommt es einmal dahin, dann ist der politische Prozeß längst pervertiert, dann ist offener Bürgerkrieg bereits im Gange oder er steht kurz bevor. Aber nicht nur diese äußersten rechtlichen Vorkehrungen zur Abwehr pathologischer Erscheinungsformen sind hier zu nennen, sondern auch alle verfassungskräftigen und einfachgesetzlichen Bestimmungen, die das normale Funktionieren der politischen Willensbildungsorgane regulieren: das Wahlrecht, das Parteienrecht, das Parlamentsrecht u. v. a. Schließlich ist hier an jene Vorschriften zu denken, die bestimmte soziale Bereiche und Institutionen (partei)politisch neutralisieren sollen, z. B. an das Verbot parteipolitischer Betätigung für den Betriebsrat im Betrieb (§ 74 Abs. 2 BetrVerfG vom 15. 1. 1972) oder für den Soldaten, insbesondere den Vorgesetzten, in der Armee, §§ 10 Abs. 6, 15 Soldatengesetz vom 19. 8. 1975. Es ist kein Zufall, daß gerade in diesem Bereich in der jüngsten Rechtsprechung, auch des Bundesverfassungsgerichts, eine restriktive Tendenz deutlich sichtbar wird. So wurde die Verfassungsbeschwerde eines Wehrpflichtigen zurückgewiesen, der zu zwei Wochen Disziplinararrest verurteilt worden war, weil er während der Freizeit versucht hatte, einen Kameraden für die Unterzeichnung einer »Solidaritätsadresse von Soldaten der I. Kaserne an die Kaiserstühler Bevölkerung«, also zur Unterstützung einer Meinungskundgabe gegen das Atomkraftwerk in Wyhl zu gewinnen.¹⁰ Die Freiheit der Meinungsäußerung und der Information ist für einen möglichst offenen und damit freiheitlichen Verlauf des politischen Prozesses von besonderer Bedeutung. Die von der Verfassung als Schranken dieser Freiheit zugelassenen »allgemeinen Gesetze« (Art. 5 Abs. 2 GG) dürfen deshalb keine »inhaltlichen« Beeinflussungen der Meinungsfreiheit bezwecken; sie dürfen nicht eine Meinung als solche verbieten oder sich gegen das Äußern von Meinungen als solchen richten. In bezug auf die Meinungsfreiheit stellt sich also auch der Schutz anderer Rechtsgüter, der mit den »allgemeinen Gesetzen« verfolgt werden darf, als eine verfahrensmäßige Regelung, nämlich zur Lösung von Rechtsgüter-Kollisionen dar.

III.

Das Verhältnis des Rechtsstaatsprinzips zum Demokratieprinzip ist nicht allein im Hinblick auf den Gegensatz von Rechtsbewahrung und Rechts-Neuverteilung, im Hinblick auf die Kontroverse Rechtsstaat gegen Sozialstaat voller Spannung. Eine der Umverteilungsproblematik und der Frage nach den Grenzen einer solchen Umverteilung noch vorausliegende Grund-legende Verfassungsentscheidung ist über die Selbstbegrenzung des demokratischen politischen Prozesses zu treffen. Kann oder soll die Fortentwicklung der rechtsstaatlichen Ordnung ohne jede inhaltliche Schrankenziehung dem demokratischen Gesetzgeber im Vertrauen darauf überlassen bleiben, der demokratische Souverän werde, durch seine berufenen Organe: Regierung, Parlament, Justiz handelnd, im wesentlichen »vernünftig« und den »wahren Interessen des Volkes« gemäß entscheiden? Oder lehrt nicht vielmehr die Geschichte, zumal die deutsche, daß dort, wo »nur die Menge Herr ist, und nicht das Gesetz«¹¹, daß dann, wenn die Demokratie ohne jede inhaltliche Bindung durch die Verfassung gewissermaßen sich selbst überlassen bleibt, der Umschlag in Formen demagogischer Herrschaft (Aristoteles) oder, modern gesagt, in Diktatur und kollektiven Terror unausbleiblich ist? Ist nicht der Verfassungs-Rechtsstaat des Grundgesetzes, der mit seiner *Superlegalität* der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung« und mit seiner »Ewigkeitsklausel« des Art. 79 Abs. 3 einen harten materialen Verfassungs»kern« dem Zugriff sogar des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht, die logische und politisch notwendige Antwort auf die Perversion der Legalität des Regimes von 1933–1945? Ist es nicht gerade, mindestens juristisch betrachtet, ein großer Vorzug der zweiten deutschen Republik gegenüber der ersten, daß ihr »der Gedanke einer besonderen, von der gesetzgebenden Gewalt verschiedenen und ihr übergeordneten verfassungsgebenden Gewalt«¹² eben nicht mehr fremd ist? Noch im Jahr 1933, also nach der sog. nationalsozialistischen Machtergreifung, wollte der damals führende Kommentator der Weimarer Reichsverfassung, *Gerhard Anschütz*, eine Abänderung der Reichsverfassung auf dem dafür vorgesehenen Wege der Gesetzgebung ohne jede Beschränkung zulassen; solche Verfassungsänderungen sollten möglich sein »ohne Unterschied des Inhalts und der politischen Tragweite«¹³. Die Nazis machten fürchterlich die Probe aufs Exempel,

nachdem der Reichstag sich durch das sog. Ermächtigungsgesetz praktisch selbst abgeschafft hatte.

Trotz der historischen Lektion, die auch den »Vätern« des Grundgesetzes ein kräftiges Mißtrauen gegen den demokratischen Gesetzgeber eingeflößt hatte, sind die gestellten Fragen keineswegs einfach mit JA zu beantworten. Wenn es zutrifft, daß die Weimarer Republik – unter anderem – an einer Überdosis Ideologietoleranz zugrunde gegangen ist, unter anderem auch an der Maßlosigkeit eines Verfassungspositivismus, der die Feinde der Demokratie erst erkannte, als es zu spät war – dann könnte es auch zutreffen, daß die Republik des Bonner Grundgesetzes an einem Übermaß an »fixierter Verfassungssubstanz«¹⁴ an absoluten Werten und absoluter Werte-Verteidigung (BVerfGE 5, 85 ff., 139; st. Rsprg) ganz allmählich und leise erstickt. Für die Zukunft dieser Republik als einer freiheitlichen *Demokratie* wird es entscheidend darauf ankommen, ob es uns Deutschen in der großen Mehrheit gelingt, auf eine typisch deutsche Fortbewegungsart zu verzichten, nämlich auf das Von-einem-Extrem-ins-andere-Fallen. Hier liegt die eigentliche furchtbare Gefahr der im Jahre 1977 sich häufenden Terror-Aktionen: Ich meine erstens die Gefahr, daß der notwendige und mit Konsequenz zu führende Kampf gegen schwerkriminelle Polit-Desperados beim Gesetzgeber wie in der Administration ein *Klima des permanenten Ausnahmezustandes* erzeugt, in welchem jede Sensibilität für die Zerbrechlichkeit rechtsstaatlicher Strukturen, wie sie sich gerade im Straf- und Strafprozeßrecht bis hin zum Beweisrecht, wie sie sich im Polizeirecht als Grundrechtskonkretisierung und bei jeder Ermessenshandhabung zeigt, verloren geht. Und zweitens besteht die Gefahr, daß mit dem und durch den Verlust an Rechtsstaatlichkeit zugleich die gerade erst erblühte *demokratische* Praxis zugrunde geht. Bedenklich ist schon die durch die bloße Existenz einer mit ganz außerordentlicher Kompetenzfülle ausgestatteten Verfassungsgerichtsbarkeit für jede parlamentarische Opposition geschaffene Versuchung, politische Probleme und Konflikte juridifiziert nach Karlsruhe zu transportieren und dort entscheiden zu lassen. Der Streit um die Fristenlösung bei dem Schwangerschaftsabbruch (§ 218a StGB in der Fassung des 5. StrReformG vom 18. 6. 1974) war bisher wohl das markanteste Beispiel; der Streit um die erweiterte Mitbestimmung in Großunternehmen (Gesetz vom 4. 5. 1976) bildet trotz anderer prozessualer Einkleidung ein weiteres. Bedenklich ist die Einschnürung des

politischen Diskussions- und Entscheidungsspielraumes, die schon darin besteht, daß die politisch-parlamentarische »Grundwerte-Diskussion« um die Grenzen des Produktionseigentums, um die Grenzen der Schutzwürdigkeit zerrütteter Ehen oder um die Grenzen der Zumutbarkeit, die Leibesfrucht auszutragen¹⁵, zu Problemen materieller Verfassungsinterpretation verrechtlicht wird. Und bedenklich im Hinblick auf das Gedeihen der zarten Pflanze Demokratie hierzulande ist schließlich, daß die »terribles simplifications« der »RAF«-Hydra den reaktionären Kräften Vorwand und Anlaß bieten, mit entsprechenden, freilich legalen und physisch gewaltfreien »Vereinfachungen« jegliche Reformpolitik – sei es in der Schule, in der Jugendhilfe, im Gesundheitswesen, im Wehrersatzwesen, in der Hochschule, im Gerichtssaal oder in der »Justizvollzugsanstalt« – zu denunzieren und zu inhibieren.

Entscheidend für den Fortbestand der *freiheitlichen* Demokratie (– denn die autoritäre Sicherheits»demokratie« ist um den Preis der Gänsefüßchen und des durch sie indizierten »introvertierten Exekutivstaates« zu haben¹⁶) kommt es auf das Verständnis der *Verfassung* (bzw. ihres institutionalisierten Hüters, des Bundesverfassungsgerichts) und *ihres Verhältnisses zum Gesetzgeber* an. Die »streitbare«, »abwehrbereite« Demokratie des Grundgesetzes schließt dabei, will man nicht alle herkömmlichen, wenngleich insgesamt unbefriedigenden Auslegungsmethoden und Konkretisierungsprinzipien (z. B. »Einheit der Verfassung«, »praktische Konkordanz«, »funktionelle Richtigkeit«¹⁷ über Bord werfen, zwei Arten von Verfassungskonzeption von vornherein aus:¹⁸

a) Schon der Menschenwürdesatz, Art. 1 Abs. 1 GG, und seine Ausgestaltung durch Menschen- und Grundrechte, verbieten eine Reduktion der Verfassung auf eine bloß technische Verfahrensordnung, auf einen wertneutralen Mehrheitsfunktionalismus.¹⁹ Diejenigen Bestimmungen, in denen sich die »Wehrhaftigkeit« der Grundgesetz-Demokratie besonders manifestiert, wie Art. 9 Abs. 2 (Verbandsverbot), Art. 18 (Grundrechtsverwirkung), Art. 21 Abs. 2 (Parteiverbot), Art. 98 Abs. 2 (Richteramtsenthebung) und Art. 139 GG (Vorbehalt zugunsten vorkonstitutioneller »Entnazifizierungsgesetze«), belegen mit aller Deutlichkeit, daß die Verfassung der Bundesrepublik nicht jede beliebige politische Zielsetzung toleriert, sondern nur eine solche, die »freiheitlich« und »demokratisch« genannt werden kann. Als einseitig und spätestens seit dem

KPD-Verbotsurteil (BVerfGE 5, 85 ff., vom 17. 8. 1956) durch ständige rechtsfortbildende Verfassungspraxis widerlegt, müssen auch alle Versuche angesehen werden, die »freiheitliche demokratische Grundordnung« als hauptsächlich oder ausschließlich mit antifaschistischer Stoßrichtung konzipiert zu interpretieren.²⁰ Die Ablehnung »jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft« (BVerfGE 2, 12), die Gewährleistung der Menschenrechte und einer freien geistigen, auch politischen Auseinandersetzung, die Garantie der Gewaltenteilung, des Mehrparteienprinzips und des Rechts auf verfassungsmäßige Opposition richten sich gegen *jedwede* Diktaturbestrebung, komme sie von rechts oder von links, gegen *jegliche* Heilslehre der Zwangsbeglückung, gegen *jedlichen* Tugendterror.

b) Die zweite Art von Verfassungskonzeption, die mit dem Grundgesetz schon ihrem Prinzip nach unvereinbar ist, ist die Deutung der Verfassung als einen institutionellen Rahmen für ein bestimmtes staatlich-gesellschaftliches *Aktionsprogramm*, z. B. im Sinne des sozialistischen Fortschritts nach DDR-Muster (vgl. Art. 2 der DDR-Verfassung vom 7. 10. 1974). Zwar kennt auch das Grundgesetz durchaus programmatische Elemente; das wichtigste unter ihnen ist der *Sozialstaatsgrundsatz*, der als Richtlinie, Staatszielbestimmung und Auslegungsgrundsatz verfassungskräftige Wirksamkeit entfalten soll. Die Rechtsprechung hat diesen Grundsatz zutreffend im Sinne eines Auftrags, insbesondere an den Gesetzgeber, gedeutet, die Forderung nach sozialer Gerechtigkeit (was immer das sei!) fortschreitend zu verwirklichen²¹; dies läßt aber bei der Bestimmung der Einzelziele wie bei der Auswahl der Mittel weiten Spielraum für unterschiedliche, in *politischer* Auseinandersetzung auszumachende Entscheidungen. Keinesfalls darf der Staat – als nahezu monopolistische Normerzeugungs- und Normdurchsetzungsinstanz, sowie als Legitimationsspende – für die Machtansprüche einer einzigen Gruppe und für deren politisch-ökonomisches Programm ausschließlich in Dienst genommen werden. Sofern eine Gruppe mit stabiler Regierungsmehrheit die Macht im Staat (auf Zeit) gewonnen hat, so muß, von Verfassung wegen, die oppositionelle Minderheit in ihren Rechten peinlich genau geschützt werden, damit ihr nicht die Chance der Machtablösung verbaut wird. Diese Verfassung ist ihrer Idee nach auf Herrschaftsalternativen hin angelegt – *Hans Peter Schneider*²² spricht hier von »Alternanzdemokratie« – was praktisch aber we-

der ein Zweiparteiensystem bedeuten muß noch auch ausschließt – ja, unter Umständen, bei langfristig folgenwirksamen, etwa generationenübergreifenden Sachentscheidungen, bei »Weichenstellungen« für die Zukunft sogar fordert, daß die Willensbildung mit großer Mehrheit, in einer »Großen Koalition *ad hoc*« erfolgt. Unter verwandten Gesichtspunkten paßt auch die wiederholt praktizierte Einbeziehung der Opposition in die politische Verantwortung, in Gestalt des »Großen Krisenstabes« (s. Peter-Lorenz-Entführung, Schleyer-Entführung) durchaus folgerichtig in dieses Modell der Herrschaftsalternative: die Grundlagen des rechtsstaatlichen Systems müssen von allen verantwortungsbereiten politischen Kräften gemeinsam verteidigt werden. Dieser Verfassungs-idee der Alternativität von Herrschaft muß die politische Realität offengehalten werden. Dies bedingt die schwierige Aufrechterhaltung eines labilen Gleichgewichtes von Machtausübungskontrollen und Machtzugangsschranken; im Extremfall rechtfertigt dies auch die Fernhaltung derjenigen (Gruppen) vom legalen Konkurrenzkampf um die Macht, welche dieses Prinzip einer *realm*möglichen Herrschaftsalternativität wegen des ausschließlichen Wahrheitsanspruches ihrer Politik*inhalte* nicht anerkennen können oder wollen.

Hier wird umrißhaft schon deutlich, daß es offenbar zu den wesentlichen Funktionsbedingungen einer Verfassung vom Typus »freiheitliche Demokratie« gehört, daß sie selbst in erster Linie *Verfahrens*regelungen in dem oben beschriebenen weiten Sinne trifft, nämlich um den demokratischen politischen Prozeß im Sinne möglicher Alternativität offen zu halten. Folgerichtig obliegt es dann vor allem dem einfachen Gesetzgeber, »Gemeinwohl«-*Inhalte* zu formulieren und normativ verbindlich zu machen. Dies kann indessen nur ein erster grober Einteilungsgesichtspunkt sein; zu einer differenzierten Kritik der aktuellen Gesetzgebungsvorhaben auf dem Gebiet der inneren Sicherheit, speziell der Terrorismusbekämpfung, und zu einer Kritik der Rechtsentwicklung im Bereich der Regulierung des politischen Prozesses insgesamt (das reicht z. B. von der Beamtentreuerechtsprechung bis zur Reform der Kommunalverfassung) reicht er allein nicht aus.

c) Die beiden hier skizzierten, der Konzeption des Grundgesetzes schon im Ansatz widerstreitenden Verfassungsbegriffe können etwas vereinfacht als Pole eines Gegensatzes gedacht werden: der eine bezeichnet ein *Minimum* an »inhaltlicher Aufladung«, an ma-

terieller »Gemeinwohlsubstanz« in der Verfassung, der andere ein *Maximum*. Die vor allem im Hinblick auf die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit entflammte Theoriediskussion²³ wiederholt, wiederum idealtypisch vereinfacht, *zwei weitere* typische Verfassungspositionen, deren Grundgesetzwidrigkeit zwar, an traditionellen juristischen Auslegungsmaßstäben gemessen, nicht offen zutage liegt, die aber dennoch – *sit venia verbo!* – dem »Geiste« eines freiheitlich-demokratischen politischen Prozesses widerstreben. Die eine, repräsentativ für das im übrigen nuancenreiche Lager ›linker‹, ›alternativer‹ Verfassungsinterpretation, begreift »Verfassung« im wesentlichen als eine prinzipiell überholbare, kontingente »Waffenstillstandslage« im antagonistischen Klassenkampf »mit der Funktion der Ausklammerung der physischen Gewaltsamkeit« (*W. Abendroth*²⁴). Recht und zumal Verfassungsrecht wird auf dieser Basis umstandslos auf Strategien des Klassenkampfes hin instrumentalisiert. Im Kampf gegen die Berufsverbote beispielsweise beruft man sich ausgiebig auf die Formalprinzipien rechtsstaatlicher Rechtsanwendung (auf Bestimmtheitsgrundsatz, Verhältnismäßigkeitsprinzip, auf den Anhörungsgrundsatz und Beweislastprinzipien etc.) und bemüht sich auch um taktische Allianzen mit Vertretern kritisch-liberaler Verfassungsjurisprudenz. Gerät aber die Berufung auf rechtsstaatliche Gewährleistungen irgendwann zu einem im Sinne des Klassenkampfes »fortschrittlichen« Rechtsverständnis in Widerspruch, so wird sie als »altliberal«, »formalistisch« und »reaktionär« abgetan. Es ist nun sicher nicht falsch, die Verfassung als das Produkt einer bestimmten historisch-politischen Lage zu begreifen, welches mehr oder minder deutlich den Kompromißcharakter seiner Entstehung aufweisen mag; und Verfassungsrecht ist allemal »politisches Recht«²⁵, insofern es politische Auseinandersetzungen einzuhegen versucht, sie damit notwendig auch widerspiegelt. Aber der Sinn einer Verfassung, zumal der des Grundgesetzes, umschließt mehr als einen bloßen Waffenstillstand, er fordert nämlich, um im Bilde zu bleiben: Friedensschluß. Die Gewährleistung abgesicherter Rechtspositionen soll nicht bei nächster günstig scheinender Gelegenheit jeweils zur Disposition stehen und dies schon gar nicht im Hinblick auf einen utopischen Endzustand erträumter Gerechtigkeit. Vielmehr wird das Feld der möglichen Auseinandersetzung, der legitimen Infragestellung *hic et nunc* abgesteckt, eben »verfaßt«.

Orientiert sich die linke, mehr oder minder marxistische Verfas-

sungstheorie am antagonistischen *Dissensmodell* des Klassenkampfes, so geht ihr idealistisch-reaktionäres Gegenstück von dem fiktiven *Konsensmodell* eines »Grundkonsenses aller Demokraten« aus, der um die freilich (wohlweislich) abstrakt gelassenen »Grundwerte« Freiheit, Gleichheit, Gerechtigkeit und Solidarität zentriert ist. In wechselnder Betonung und Reihung erscheinen diese Leitvokabeln in den Programmen aller vier Bundestagsparteien.²⁶ Das fiktive Moment des Konsensmodells liegt darin, daß sich diese Wert-Leerbegriffe in der Anwendung auf Einzelfragen mit sehr unterschiedlichem Gehalt füllen lassen. Eine aktive Reformpolitik, wie sie für die Anfangsjahre der sozialliberalen Ära 1969/71 mindestens Programm war, kann sich ebenso auf sie berufen wie gesellschafts-, bildungs- und wirtschaftspolitisch konservative bis reaktionäre Konzepte. Parlamentarisch in die Opposition gedrängt, aber publizistisch und administrativ offensiv, begannen die Vertreter dieser Positionen die *Verfassung* unter dem Titel »Bewahrung des Grundkonsenses« gegen die legitimen Reformversuche des demokratischen *Gesetzgebers* zu mobilisieren. Auch dieser Vorgang hat, mutatis mutandis, wie z. B. I. *Maus*²⁷ für die Parlamentarismuskritik *Carl Schmitts* exemplarisch gezeigt hat, seine Parallelen in der Weimarer Zeit.

Charakteristisch für diese konservative Verfassungstheorie ist, daß sie eine im wesentlichen idealistische, insbesondere an »Grundwerten« orientierte Verfassungsinterpretation zur Absicherung des gesellschaftlich-ökonomischen status quo einsetzt, daß sie dabei aber die den politischen Prozeß garantierenden Institutionen und Verfahren der Form nach im wesentlichen unberührt läßt. So kann sich ein Klima ausbreiten, in dem alle freundlich über Reformen diskutieren, sich aber im Grunde stillschweigend darüber einig sind, daß sich nichts ändern darf. Setzt aber die gesetzesmachende Mehrheit doch einmal zu einer wirklichen Veränderung an – jüngstes Beispiel: die Abschaffung der sog. Gewissensprüfung für Wehrdienstverweigerer – so ruft man lauthals zur Verteidigung angeblich bedrohter »Grundwerte« auf. Die innere, ebenfalls polare Beziehung zwischen der materialistischen Dissens-(= Klassenkampf-)Theorie der Verfassung und der idealistischen Konsensstheorie zeigt sich darin, daß für jene der status quo indiskutabel und inakzeptabel ist, für diese hingegen jeder andere Zustand als der status quo. Aufgrund dieser Absolutsetzungen sind beide Positionen unfähig, die Verfassung als einen Rahmen für

gesetzliche Reformen, auf welchem Gebiet auch immer, zu begreifen. Für beide Positionen ist der parlamentarische politische Prozeß im Grunde eine überflüssige, wenngleich dekorative Zutat; die Vertreter der einen setzen auf den unlöslichen Verbund von Staat und Industriegesellschaft²⁸, wobei »Staat« die starke, planende, nach technokratisch ermittelten »Sachzwängen« operierende Exekutive meint; die Vertreter der anderen begreifen den parlamentarischen Betrieb als ein bewußtseinverkehrendes Schautheater, als ein »Instrument der Veröffentlichung von Herrschaft oligarchischer Eliten.²⁹

IV.

Es wäre reizvoll, den offenen und den verborgenen Übereinstimmungen der linksreaktionären und der rechtsreaktionären Verfassungspositionen noch weiter nachzugehen. Statt dessen soll an dieser Stelle versucht werden, wenigstens mit einigen Strichen die Kriterienfrage weiter zu verfolgen: M.a.W., lassen sich aus der Verfassungstheorie-Diskussion Anhaltspunkte für eine grundgesetzgemäße Theorie der freiheitlichen Demokratie und von daher auch Kriterien für die Einschätzung der aktuellen Vorschläge »zur Bekämpfung von Terrorismus und Gewaltkriminalität sowie zum Schutz des inneren Friedens« (so der Titel des Gesetzentwurfes der CDU/CSU-Fraktion, Bundestagsdrucksache 8/322 vom 26. 4. 1977, entsprechend der Titel eines Zweiten Gesetzes, Bundestagsdrucksache 8/996 vom 5. 10. 1977) gewinnen? Der zunächst nicht zutage liegende Zusammenhang zwischen der prinzipiellen Theoriediskussion und der konkret-aktuellen Maßnahmegesetzgebung gegen terroristische Gewaltkriminalität läßt sich folgendermaßen aufhellen: Der demokratische politische Prozeß, der ja keineswegs auf das Geschehen in den Parlamenten und Fraktionen beschränkt sein soll, darf nicht nur zum Schein stattfinden, d. h., die *politische Diskussion* muß grundsätzlich *folgenreich* geführt werden können. Wenn Bürgerinitiativen die Kernenergieproblematik überhaupt erst zu einem öffentlichen Thema haben werden lassen und damit auf ein Versagen der »teaching and informing function« (*W. Bagehot*) der parlamentarischen Parteien aufmerksam gemacht haben, dann soll die damit in Gang gebrachte Auseinandersetzung einen möglichst argumentativen öffentlichen Meinungs- und Willensbildungsprozeß zu diesen Fragen einleiten und nicht etwa als lästiger